

Procesfinanciering door derden – een rechtseconomische bespreking

Louis Visscher, Jef De Mot en Michael Faure

1. Inleiding

In de aankondiging van deze Najaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht wordt in een notendop precies aangegeven welke aspecten van procesfinanciering door derden (in het Engels: Third Party Funding, afgekort tot ‘TPF’) in een rechtseconomische bespreking centraal staan: enerzijds kan TPF bijdragen aan de toegang tot het recht en dit is in een economische analyse een belangrijke functie. Er bestaan namelijk diverse economische redenen (zoals hoge proceskosten) waarom niet alle claims die maatschappelijke waarde hebben, ingediend zullen worden. Een instrument dat de toegang tot het recht vergroot door deze problemen weg te nemen of te verminderen, kan dus een maatschappelijk wenselijke rol vervullen. Anderzijds kan TPF ook onwenselijke prikkels geven. De angst voor een claimcultuur wordt in de aankondiging genoemd, maar rechtseconomen zijn in het algemeen niet zo snel bang voor een claimcultuur. Het tegenovergestelde probleem doet zich vaker voor: wenselijke claims worden niet ingediend vanwege bijv. de reeds genoemde hoge proceskosten. Wel is het belangrijk om te onderzoeken welke partijen welke gedragsprikkels ontvangen bij welke wijze van procesfinanciering, en of deze prikkels wel wenselijk zijn. De vraag uit de aankondiging of het optimale resultaat voor de financier ook wel het optimale resultaat voor de justitiabele is en hoe de advocaat voorkomt dat de belangen van zijn cliënt en van zijn ‘economische opdrachtgever’ met elkaar conflicteren, zijn hierbij inderdaad zeer interessant. Opvallend is trouwens dat in de aankondiging niet de vraag wordt gesteld of de belangen van de advocaat zelf niet kunnen afwijken van die van zijn cliënt. In een rechtseconomische analyse is die vraag echter wel van groot belang.

TPF is niet het enige instrument dat, via de financiering van procedures, de toegang tot het recht kan vergroten en de gedragsprikkels van de betrokken actoren kan beïnvloeden. Met name rechtsbijstandsverzekeringen (‘RBV’) en resultaatsafhankelijke beloning van de advocaat zijn voor de hand liggende alternatieven. In deze bijdrage bespreken wij deze drie instrumenten dan ook vanuit economisch perspectief, waarbij we ons voor wat betreft de resultaatsafhankelijke beloningen concentreren op *contingency fees* (‘CF’). Dit is een combinatie van *no cure no pay* en *quota pars litis* (dus bij winst ontvangt de advocaat een deel van de opbrengst, maar bij verlies krijgt hij niets). Voor wat betreft TPF gaan wij vooral uit van de vorm van het financieren van de claim van de eiser, in ruil voor een percentage van de opbrengst.¹

In paragraaf twee behandelen wij het economisch belang van de toegang tot de rechter en de economische redenen die ervoor kunnen zorgen dat maatschappelijk wenselijke claims soms niet worden ingediend. In paragraaf 3 gaan we in op de invloed die de drie instrumenten kunnen hebben op het aantal claims, op de kwaliteit ervan, op het schikkingsverloop en op de totale kosten. In paragraaf 4 trekken wij onze conclusies.

¹ [Zie ook R. Philips, ‘Litigation funding in faillissement’, *TvI* 2016/11, p. 75.

2. Het economisch belang van de toegang tot de rechter

2.1 Negatieve externe effecten als voorbeeld van het belang van toegang tot het recht

Het vergroten van de toegang tot het recht is belangrijk. Vanuit een meer traditioneel-juridisch oogpunt is het belangrijk dat mensen hun rechten kunnen afdwingen en effectueren. Rechtseconomen hanteren echter meestal een ander perspectief dan juristen. Waar juristen meer een ‘ex post’ perspectief hebben waarbij op een reeds gerezen geschil rechtsregels worden toegepast en het ontstane geschil moet worden beslecht, hanteren rechtseconomen veeleer een ‘ex ante’ perspectief. Daarbij gaat het niet om de – terugkijkende – vraag hoe een reeds gerezen geschil moet worden opgelost, maar meer om de - vooruitkijkende – vraag welke gedragsprikkel aan actoren moeten worden verstrekt om toekomstige geschillen te vermijden. Als we het voorbeeld van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad nemen: economisch bezien gaat het hier om het probleem van ‘negatieve externe effecten’, dit zijn kosten die niet voor rekening komen van degene die de schadeveroorzakende activiteit uitoefent. Denk bijvoorbeeld aan vervuiling of geluidshinder als gevolg van een productieproces waarvan de kosten, als het recht niet ingrijpt, niet door de producent of de consument worden gedragen maar door de omwonenden. De totale maatschappelijke kosten van het productieproces zijn dus hoger dan de enkele productiekosten, maar als deze extra kosten extern blijven, dan worden producenten en consumenten niet geprikkeld hun gedrag aan te passen. Ze zullen geen voorzorgsmaatregelen treffen en ze zullen hun activiteitsniveau niet matigen, want zij worden immers niet zelf met de extra kosten geconfronteerd maar zouden wel de lasten van die voorzorgsmaatregelen dragen. Civiele aansprakelijkheid, strafrecht, veiligheidsregulering en belastingen kunnen allen worden bestudeerd als juridische reacties op deze vorm van marktfalen. Via schadevergoeding, belasting of strafsanctie kan onwenselijk gedrag onaantrekkelijker worden gemaakt en via regulering kan van tevoren precies worden omschreven welke maatregelen moeten worden getroffen ter vermindering of reductie van de schadelijke gevolgen.

Wil het civiele aansprakelijkheidsrecht deze rol kunnen vervullen, dan moeten gelaedeerden wel een onrechtmatigedaadszaak tegen laedentes beginnen, anders worden de laatsten nog steeds niet met de externe effecten geconfronteerd en blijft het probleem bestaan. Hier blijkt dus het belang van toegang tot het recht vanuit een ex ante perspectief: het gaat er vanuit rechtseconomische optiek niet primair om reeds ontstane schade (ex post) ten laste van de laedens te brengen, want die schade is toch al ontstaan. Het gaat er veeleer om partijen (ex ante) wenselijke gedragsprikkel te geven, zodat zij een afweging maken tussen de kosten van voorzorgsmaatregelen enerzijds en de schade die ze ermee kunnen voorkomen anderzijds. Door het op deze manier ‘internaliseren’ van het externe effect dalen de totale ongevalskosten (bestaande uit de kosten van voorzorgsmaatregelen, de schade die naar verwachting bij dat zorgniveau nog steeds zullen ontstaan, en de kosten van het juridische systeem), hetgeen maatschappelijk wenselijk is.²

² Shavell laat echter zien dat procespartijen als gevolg van het uiteenlopen van de private en maatschappelijke kosten en baten van procederen meer of minder kunnen procederen dan maatschappelijk gezien optimaal is. Zie S. Shavell, ‘Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs’, 11(1) *Journal of Legal Studies* 1982, p. 55-81.

Als gelaedeerden, bijvoorbeeld vanwege de hoogte van de proceskosten, geen rechtszaak beginnen tegen een laedens, dan kan het aansprakelijkheidsrecht dus niet tot wenselijke internalisering van externe effecten leiden. Natuurlijk is het mogelijk om dan andere rechtsgebieden, zoals strafrecht, belastingrecht en bestuursrecht, te gebruiken, omdat de overheid daar een veel actievere rol heeft en het niet aan de individuele geladeerde(n) is om een zaak te beginnen. Het aansprakelijkheidsrecht heeft echter een aantal voordelen ten opzichte van deze alternatieven,³ zodat het de moeite waard is om te onderzoeken of er manieren zijn om de toegang tot het recht te vergroten. Onze analyse van TPF, RBV en CF moet in dit perspectief worden geplaatst.

2.2 Economische belemmeringen van de toegang tot het recht

Er zijn verschillende redenen waarom maatschappelijk wenselijke claims niet altijd voor de rechter worden gebracht. Ten eerste kan de eiser over te weinig financiële middelen beschikken om een zaak te financieren. Ten tweede kan er sprake zijn van gespreide schade of zelfs strooischade. De totale schade kan dan groot zijn, maar de schade per eiser kan zodanig beperkt zijn dat geen enkele eiser het de proceskosten waard vindt om een claim te initiëren. Ten derde kan de uitkomst van een rechtszaak onzeker zijn, zowel voor wat betreft het resultaat (winst of verlies van de zaak, en bij winst kan er ook onzekerheid zijn over bijvoorbeeld de omvang van de schadevergoeding) als voor wat betreft de te betalen proceskosten. Vanwege risico-aversie en de kans dat de proceskosten uitstijgen boven het resultaat bij winst (dit geldt vooral voor zaken met een relatief kleine waarde) kan het zijn dat een potentiële eiser het niet aandurft een zaak te beginnen.

In alle drie de gevallen kunnen potentiële eisers ‘rationeel apathisch’⁴ blijven: op basis van een afweging van de verwachte kosten (inclusief de te investeren tijd), verwachte baten en mogelijke risico’s kan het rationeel zijn om geen zaak te beginnen. Zelfs bij 100% zekerheid dat de zaak gewonnen wordt, kunnen de proceskosten uitstijgen boven de opbrengst, zodat het ook dan rationeel is om geen zaak te beginnen. En in het eerste voorbeeld is het probleem natuurlijk dat de kosten voor de baten uitgaan, dus zelfs bij een grote kans op winst en zelfs bij een opbrengst die uitstijgt boven de kosten, kan het zo zijn dat de potentiële eiser geen zaak begint, omdat hij de financiering niet rond krijgt.

Omdat in een situatie van rationele apathie het aansprakelijkheidsrecht niet de wenselijke gedragsprikkel kan verstrekken, is het goed als er instrumenten worden ontwikkeld waarmee die rationele apathie kan worden overwonnen. Bij het voorbeeld van gespreide schade of strooischade kan worden gedacht aan de mogelijkheid van collectief procederen, omdat de kosten per eiser dan dalen.⁵ In de andere voorbeelden, maar ook in geval van collectief procederen, kunnen TPF, RBV en CF een goede rol vervullen. Alle drie de instrumenten zorgen voor financiering van de claim en bestrijden de risicoaversie van de eiser. Maar de instrumenten beïnvloeden ook de prikkels die de betrokken actoren krijgen. In paragraaf 3 bespreken we deze aspecten in detail.

³ [Verwijzing naar literatuur over optimal enforcement]

⁴ HB Schäfer, ‘The Bundling of Similar Interests in Litigation. The Incentives for Class Actions and Legal Actions Taken by Associations’ (2000) 9 European Journal of Law and Economics 183.

⁵ Zie Faure en Visscher 2015 voor een gedetailleerde bespreking.

3. Gedragsprikkelers als gevolg van TPF, RBV en CF

In deze paragraaf bespreken we de effecten die de drie genoemde instrumenten kunnen hebben op het aantal gevoerde rechtszaken, op de kwaliteit van deze zaken, op de verwachte duur van het schikkingsproces en op de totale kosten van geschilbeslechting.

3.1 *Het aantal zaken*

3.1.1 *Het aantal zaken bij TPF*

Regelmatig wordt beweerd dat TPF tot meer rechtszaken zal leiden.⁶ In commerciële zaken kan dat zo zijn als de kosten van TPF voor de eiser lager zijn dan de kosten van andere manieren van het financieren van een claim, bijvoorbeeld via eigen kapitaal.⁷ Bij particulieren kan TPF tot meer zaken leiden als de eiser zonder TPF zijn claim niet had kunnen financieren. Dat kan zelfs gebeuren in landen waar CF bestaat, omdat er gevallen denkbaar zijn waarin een advocatenkantoor, bijvoorbeeld vanwege de grote risico's en de benodigde investeringen, een zaak niet op CF-basis wil aannemen, terwijl er wel een procesfinancier gevonden kan worden. Ook kan het zo zijn dat het simpelweg onmogelijk is voor een advocatenkantoor om meer dan een bepaald aantal zaken tegelijk te voeren, ook op CF-basis, terwijl TPF wel mogelijk is. Er zijn immers grotere schaalvoordelen in financiering te behalen dan in procederen!⁸ Empirisch onderzoek uit Australië bevestigt dit idee.⁹

TPF leidt echter niet noodzakelijkerwijs tot meer zaken. Als de verbeterde toegang tot het recht inderdaad tot betere internalisering van externe effecten leidt, ontstaan er naar verwachting minder conflicten en derhalve minder rechtszaken.¹⁰ Ook hangt de mogelijke invloed van TPF sterk af van welke andere instrumenten er al aanwezig zijn om de toegang tot het recht te verbeteren. In een land waar veel RBV zijn en waar CF zijn toegestaan, zal TPF waarschijnlijk minder effect hebben dan in een land waar dit niet zo is. Ook kan het per vorm van TPF verschillen. Als de TPF bestaat uit een lening aan het advocatenkantoor, dan is alleen een toename te verwachten als de advocatenkantoren die lening gebruiken om meer zaken te voeren in plaats van om hun financiering anders te regelen of meer tijd in bestaande zaken te kunnen investeren. Als het gaat om het financieren van een claim in ruil voor een percentage, dan is

⁶ J Beisner, J Miller and G Rubin, *Selling Lawsuits, Buying Trouble: Third-Party Litigation Funding in the United States*, U.S. Chamber Inst. for Legal Reform (2009) 2–3.

⁷ PH Rubin, 'Third-Party Financing of Litigation' (2011) 38 *Northern Kentucky Law Review* 676.

⁸ Zie Rubin (2011), op p 677: 'Limits on economies of scale will constrain the size of plaintiff-oriented law firms, which in general seem to be smaller than defendant-oriented firms, so that litigation of many very large cases simultaneously is not feasible. It is in this situation that third-party financing would be most useful. This is because such financing can separate the financial decision from the decision to litigate. Large financial investment firms could invest in several high-value, high-risk cases and have the cases litigated by separate law firms. In other words, there are greater economies of scale in finance than in litigation'.

⁹ DL Chen en DS Abrams, 'A Market for Justice: The Effect of Third Party Litigation Funding on Legal Outcomes' (2011) 9–11.

¹⁰ S Garber, *Alternative Litigation Financing in the United States: Issues, Knowns and Unknowns* (Santa Monica CA: Rand Corporation 2010) 29; D Dana and M Schanzenbach, 'How Would Third Party Financing Change the Face of American Tort Litigation? The Role of Agency Costs in the Attorney-Client Relationship' (Searle Public Policy Roundtable on Third Party Financing of Litigation, Northwestern University Law School, Chicago, Ill., 24–25 September 2009).

een toename in het aantal zaken alleen te verwachten als de procesfinancier zaken wil financieren die voorheen niet door de eiser en/of diens advocaat werden gefinancierd.

De omvang van het totale effect van TPF op het aantal zaken is niet exact te voorspellen, maar het is wel te verwachten dat er een stijging optreedt ten opzichte van de situatie waarin er geen TPF is, tenzij de preventieve werking van de betere toegang tot het recht groot genoeg is om deze stijging (meer dan) te compenseren. De exacte omvang is afhankelijk van de zojuist besproken factoren.

3.1.2 Het aantal zaken bij RBV

Er zijn diverse redenen waarom RBV tot meer zaken zou kunnen leiden. Ten eerste zouden er door moreel risico meer incidenten kunnen ontstaan, maar empirisch onderzoek suggereert dat dit effect beperkt is.¹¹ Ten tweede kan een verzekerde eiser eerder besluiten een zaak te beginnen, omdat hij zelf de kosten hiervan niet (of niet volledig) draagt.¹² Een derde reden is dat risico-aversie van de eiser niet langer relevant is, zodat de angst met hoge kosten geconfronteerd te worden, niet langer belemmerend hoeft te zijn. Een vierde reden is dat het financieringsprobleem wordt opgelost, dus ook mensen die wel hadden *willen* procederen maar het vanwege financiële beperkingen niet *konden*, kunnen dat nu wel doen.

Uit Nederlands empirisch onderzoek blijkt dat mensen met een RBV vaker juridisch advies inwinnen en juridische hulp inschakelen dan mensen zonder RBV.¹³ Ook blijken ze harder te onderhandelen bij schikkingen, hetgeen tot meer mislukte schikkingsonderhandelingen en dus meer procedures leidt. Het effect op de schikkingen (en dus ook op het aantal zaken dat wordt uitgediendeerd) hangt trouwens sterk af van hoe actief de verzekeraar bij die onderhandelingen is. In landen waar advocaten zowel de procesvoering als de schikkingsonderhandelingen doen, zoals in Duitsland, blijken claims die door RBV worden gedekt, iets vaker uitgediendeerd te worden dan claims die niet door RBV worden gedekt. In België daarentegen, waar de verzekeraars de schikkingsonderhandelingen mogen doen, is het percentage door RBV gedekte claims dat geschikt wordt, beduidend hoger dan het percentage niet door RBV-gedekte claims dat geschikt wordt.¹⁴

3.1.3 Het aantal zaken bij CF

Om de effecten van CF te onderzoeken, is het het meest inzichtelijk om een vergelijking te maken met het systeem van uurtarieven (afgekort tot 'HF', van *hourly fee*). Een systeem van CF lost het financieringsprobleem van de cliënt op, omdat de advocaat de zaak als het ware voorfinanciert. Ook wordt het (financiële) risico van de advocaatkosten bij verlies van de zaak van de cliënt op de advocaat afgewenteld. Aangezien advocaten, als deskundige repeat players

¹¹ Blankenburg en J Fiedler, *Die Rechtsschutzversicherung und der steigende Geschäftsanfall der Gerichte* (Tübingen: Mohr, 1981); W Jagodzinski, T Raiser en J Riehl, *Rechtsschutzversicherung und Rechtsverfolgung* (Köln: Bundesanzeiger 1994).

¹² R Kirstein, 'Risk Neutrality and Strategic Insurance' (2000) 25 *The Geneva Papers on Risk & Ins.* 260.

¹³ BCJ van Velthoven en CM Klein Haarhuis, 'Legal Aid and Legal Expenses Insurance, Complements or Substitutes? The Case of the Netherlands' (2011) 8(3) *Journal of Empirical Legal Studies* 600 e.v.

¹⁴ P Colle, *Handboek Bijzonder Gereguleerde Verzekeringscontracten* (Antwerp: Intersentia 2005) 304; V Prais, 'Legal Expenses Insurance' in AAS Zuckerman and R Cranston (eds), *Reform of Civil Procedure: Essays on 'Access to Justice'* (Alderley: Clarendon Press 1995) 439.

die vele zaken voeren, waarschijnlijk minder risico-avers zullen zijn dan hun vaak minder deskundige, one-shotter cliënten, kunnen CF in een risicoverdeling resulteren waarbij het mogelijk is voor risico-averse eisers om toch een claim in te dienen, terwijl ze dat onder HF wellicht niet hadden gedaan.¹⁵ Dit argument weegt natuurlijk minder zwaar in situaties waarin de cliënt zelf ook een professionele repeat player is.

Het oplossen van het financieringsprobleem en de andere risicoverdeling kunnen resulteren in meer zaken, mits er overcapaciteit was. Als er al op volledige capaciteit werd gewerkt, dan zou een overgang van HF naar CF juist tot *minder* zaken kunnen leiden, als advocaten bij CF meer tijd aan een zaak besteden dan bij HF. De keuze tussen CF en HF heeft waarschijnlijk inderdaad invloed op de bestede tijd. Bij HF krijgt de advocaat betaald voor elk uur dat hij aan de zaak besteedt, hetgeen ertoe kan leiden dat hij er teveel tijd aan besteedt. Bij CF is het alleen zinnig om meer tijd aan een zaak te besteden als de winstkans voldoende stijgt. Hier ligt het gevaar op de loer dat de advocaat juist te weinig tijd aan de zaak besteedt, omdat hij de volledige kosten afweegt tegen het percentage van de opbrengst dat hij verwacht te ontvangen. Empirisch onderzoek laat zien dat CF-advocaten meer tijd aan zaken met een hoge waarde en minder tijd aan zaken met een lage waarde besteden dan HF-advocaten.¹⁶ Dat was te verwachten, omdat een percentage van een groot bedrag langer de moeite waard kan zijn om meer tijd aan de zaak te besteden dan datzelfde percentage van een kleiner bedrag.

Ondanks het oplossen van het financieringsprobleem en het afwentelen van het procesrisico op de advocaat, hoeven CF niet per definitie tot meer zaken te leiden. De advocaat krijgt nu immers een prikkel om als poortwachter te fungeren: alleen zaken met een winstkans en/of waarde die hoog genoeg zijn, zijn interessant om op CF-basis aan te nemen. Een HF-advocaat krijgt voor elk uur betaald, ongeacht of hij wint of verliest. Hij zou een cliënt dus kunnen adviseren een zaak te beginnen, ook als deze slechts een kleine kans van slagen heeft.¹⁷ Omdat een CF-advocaat alleen betaald krijgt als hij wint, krijgt hij prikkels om beter advies aan zijn cliënt te geven betreffende het al dan niet beginnen van een zaak. Deze vorm van *screening* kan dus in minder zaken resulteren. Empirisch onderzoek geeft inderdaad aan dat zaken met een lage kans op succes, maar ook zaken met een lage waarde, onder CF minder vaak worden aangenomen dan onder HF.¹⁸

Het totaaleffect van CF hangt af van welk effect sterker is: de toegenomen claimbereidheid van de cliënten of de poortwachtersfunctie van de advocaten.

3.2 De kwaliteit van de zaken

¹⁵ RA Posner, *Economic Analysis of Law* (6th ed, New York: Aspen Publishers 2003) 584; HSE Gravelle, 'Conditional Fees in Britain' in P Newman (ed), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (Palgrave Macmillan 1998) 383.

¹⁶ HM Kritzer, WLF Felstiner, A Sarat en DM Trubek, 'The Impact of Fee Arrangement on Lawyer Effort' (1985) 19 *Law & Society Review* 266–267; HM Kritzer, 'Lawyer Fees and Lawyer Behaviour in Litigation: What Does the Empirical Literature Really Say?' (2002) 86 *Texas Law Review* 1968–1969.

¹⁷ E Johnson Jr., 'A Theoretical Appraisal of Litigation Investment Decisions' (1980) 15 *Law & Society Review* 576ff; PM Danzon, 'Contingent Fees for Personal Injury Litigation' (1983) 14 *The Bell Journal of Economics* 215; JD Dana en KE Spier, 'Expertise and Contingent Fees: The Role of Asymmetric Information in Attorney Compensation' (1993) 9 *The Journal of Law, Economics, & Organization* 349, 352.

¹⁸ HM Kritzer, 'Contingency Fee Lawyers as Gatekeepers in the Civil Justice System' (1997) 81 *Judicature*, 26ff.; HM Kritzer, *Risks, Reputations, and Rewards: Contingency Fee Legal Practice in the United States* (Stanford: Stanford University Press 2004) 84–85.

3.2.1 De kwaliteit van de zaken bij TPF

Sommige auteurs vrezen dat TPF leidt tot een grote toename van rechtszaken van lage kwaliteit ('frivole zaken'), die veroorzaakt wordt door het feit dat de eiser de kosten van de procedure niet zelf draagt.¹⁹ Het is waarschijnlijk ook deze vrees die doorklinkt in de termen 'claimcultuur' en 'ambulance chasing' die in de aankondiging van deze Najaarsvergadering worden gebruikt. Deze vrees ziet echter over het hoofd dat de procesfinancier geen baat heeft bij het financieren van zulke frivole claims, vooral als de beloning bestaat uit een percentage van de opbrengst. Natuurlijk kan een kleine kans op succes bij een grote waarde van de zaak toch interessant genoeg zijn om in de zaak te investeren, maar het is de vraag of dat een strategie is die op langere termijn houdbaar is. Het kan een betere strategie zijn om juist te investeren in zaken met een hogere kans op succes en dus niet in zaken met nieuwe juridische vragen of andere onderwerpen waar veel juridische onzekerheid bij bestaat. Het *due diligence* proces, waarbij de procesfinancier de merites van de zaak onderzoekt, is een belangrijke factor in de mate waarin TPF tot een selectie van zaken van relatief hoge kwaliteit leidt.

Omdat procesfinanciers aantrekkelijke marges vragen, kunnen nieuwe financiers tot de markt toetreden, die wellicht minder deskundig zijn. Als zij wel lage-kwaliteitszaken aannemen, kan de kwaliteit van de zaken dus toch dalen als gevolg van TPF. Dit zal echter niet lang kunnen duren, omdat zulke financiers naar verwachting verliezen zullen lijden en de markt weer zullen verlaten.

In de praktijk is TPF inderdaad met name beschikbaar voor commerciële claims met een substantiële omvang en met een hoge succeskans.²⁰

3.2.2 De kwaliteit van de zaken bij RBV

Ook bij RBV wordt de vrees voor frivole claims geuit en ook hier is het argument dat de eiser wel wil procederen, omdat een andere partij de kosten draagt.²¹ Ook hier geldt echter dat de verzekeraar een prikkel heeft om als poortwachter op te treden en om slechte zaken af te wijzen. Vaak wordt er een eigen risico gehanteerd, hetgeen zwakke claims reeds afschrikt, omdat de eiser een kleine kans heeft om uiteindelijk een vergoeding te krijgen. Keerzijde is dat zo'n eigen risico ook sterke claims die slechts een klein bedrag betreffen, afschrikt. Vaak bevat een RBV ook een merit-test die zwakke claims kan voorkomen. Het is dus niet waarschijnlijk dat RBV frivole claims stimuleert en de screening door de verzekeraar kan zelfs tot een hogere kwaliteit zaken leiden. Empirisch onderzoek uit Duitsland dat vond dat verzekerde eisers een 3% hogere winstkans hebben dan onverzekerde eisers, past in dit beeld.²²

3.2.3 De kwaliteit van de zaken bij CF

¹⁹ J Beisner, J Miller en G Rubin, *Selling Lawsuits, Buying Trouble: Third-Party Litigation Funding in the United States*, U.S. Chamber Inst. for Legal Reform (2009) 2–3.

²⁰ J Veith en J Gräfe (red), *Der Versicherungsprozess* (München: Beck 2016) 174e.v.; R Jackson, *Review of Civil Litigation Costs – Preliminary Report* (London: 2009), p. 161.

²¹ M Kilian, 'Alternatives to Public Provision: The Rule of Legal Expenses Insurance in Broadening Access to Justice: The German Experience' (2003) 30 J.L. & Soc'y, p. 45.

²² V Prais, 'Legal Expenses Insurance' in AAS Zuckerman and R Cranston (eds), *Reform of Civil Procedure: Essays on 'Access to Justice'* (Alderley: Clarendon Press 1995) 439.

In paragraaf 3.1.3 hebben we reeds uiteengezet dat een CF-advocaat betere prikkels heeft om zaken te screenen dan een HF-advocaat, omdat een CF-advocaat alleen zijn beloning ontvangt als hij de zaak daadwerkelijk wint. Deze screening verhoogt naar verwachting de kwaliteit van de zaken. De advocaat, die een deskundige repeat player is, kan de kwaliteit van een zaak immers beter beoordelen dan de cliënt die niet deskundig is.²³ De vrees dat CF leidt tot een toename van frivole claims omdat de eiser zelf de kosten niet draagt, lijkt dan ook onterecht. Empirisch onderzoek bevestigt dit beeld. Naast het onderzoek dat we in paragraaf 3.1.3 al noemden, hebben ook Helland en Tabarrok interessant onderzoek gedaan. Ze hebben onderzocht of er verschil bestaat in het percentage zaken dat gaandeweg een procedure wordt gestaakt bij CF en bij HF. Het staken van een zaak zien zij als een signaal van een minder goede screening aan het begin en dus van een lagere kwaliteit. Hun resultaten indiceren inderdaad dat er bij CF beter gescreend wordt. Dezelfde conclusie wordt getrokken door Danzon en Lillard.²⁴

3.3 Schikkingen

3.3.1 De invloed van TPF op schikkingen

TPF zou kunnen zorgen voor een hogere kwaliteit van de schikkingen, zeker in zaken waarin eisers vooral ondeskundige one-shotters zijn. Waar zulke eisers tegenover een deskundige(r) gedaagde staan, zeker als dat een repeat player is, is er sprake van een verschil in onderhandelingspositie. De gedaagde die meerdere zaken voert, kan zijn risico's als het ware poolen. De eiser heeft die mogelijkheid niet en kan, zeker als hij risico-avers is, genoegen nemen met een resultaat dat suboptimaal is, om zo een potentieel slechter resultaat te ontlopen.²⁵ Voor zover een procesfinancier het evenwicht tussen de one-shotter eiser en de repeat player gedaagde enigszins herstelt, kan het schikkingsresultaat beter worden. Voor zover procesfinanciers echter vooral in grote commerciële claims investeren en niet in kleinere individuele claims, geldt dit effect natuurlijk niet.

Voor wat betreft de tijdsduur zijn er redenen waarom het te verwachten is dat een *gedaagde* bij TPF eerder bereid is te schikken. Ten eerste neemt, zoals hierboven reeds is uiteengezet, de onderhandelingsmacht van de gedaagde ten opzichte van de eiser af, omdat de eiser door de TPF van zijn claim niet geneigd is een slecht schikkingsaanbod te accepteren vanwege financiële problemen. Ten tweede, zoals in paragraaf 3.2.1 al aan bod kwam, kan het feit dat een procesfinancier bereid was de zaak te financieren, een signaal zijn van de relatief hoge

²³ KM Clermont en JD Curri van, 'Improving the Contingent Fee' (1978) 63 Cornell Law Review 571–572; Dana en Spier (1993), 349, 350; TJ Miceli, 'Do Contingent Fees Promote Excessive Litigation?' (1994) 23 The Journal of Legal Studies 223 en A Shajnfeld, 'A Critical Survey of the Law, Ethics, and Economics of Attorney Contingent Fee Arrangements' (2010) 54 New York Law School Law Review 807.

²⁴ E Helland en A Tabarrok, 'Contingency Fees, Settlement Delay, and Low-Quality Litigation: Empirical Evidence from Two Datasets' (2003) 19 The Journal of Law, Economics, & Organization 521–522; PM Danzon en LA Lillard, 'Settlement out of Court: The Disposition of Medical Malpractice Claims' (1983) 12 The Journal of Legal Studies 363.

²⁵ JT Molot, 'Litigation Finance: A Market Solution to a Procedural Problem' (2010) 99 Geo. L.J. 85.

kwaliteit van de zaak, zeker als het *due diligence* proces grondig is uitgevoerd.²⁶ Uit empirisch onderzoek blijkt dat naarmate de gedaagde denkt dat de eiser een sterkere zaak heeft (dus naarmate de gedaagde meer denkt dat hij aansprakelijk is), hij sneller bereid is te schikken.²⁷ TPF kan er echter ook toe leiden dat de *eiser* minder snel wil schikken. De financiering geeft immers financiële armslag aan de eiser, die dus een relatief betere onderhandelingspositie krijgt. Ook kan het zo zijn dat het aangeboden schikkingsbedrag relatief laag is in vergelijking met het bedrag dat de eiser aan de procesfinancier moet terugbetalen. Het kan dan aantrekkelijk zijn door te procederen in de hoop een beter resultaat te bereiken. Anderzijds kan de eiser toch geprikkeld worden te schikken, als zijn schuld aan de procesfinancier snel oploopt bij doorprocederen, of als de rente die op een TPF-lening moet worden betaald, relatief hoog is. De prikkels hangen dus sterk af van de exacte vorm van de procesfinanciering.

3.3.2 De invloed van RBV op schikkingen

Uit empirisch onderzoek blijkt dat zaken die door een RBV worden gefinancierd, sneller geschikt worden dan zaken die op andere wijzen worden gefinancierd.²⁸ De verzekeraar draagt namelijk (bijna) alle kosten en heeft derhalve een prikkel snel te schikken. Dit effect zal het sterkste zijn als de verzekeraar zelf de schikkingsonderhandelingen doet, maar ook als een onafhankelijke advocaat de onderhandelingen voert, is dit effect te verwachten. De verzekeraar zal namelijk beter dan de cliënt in staat zijn toezicht te houden op de advocaat en te beoordelen of er geen onnodige vertraging optreedt.

3.3.3 De invloed van CF op schikkingen

CF-advocaten zouden een prikkel kunnen krijgen te snel te schikken, omdat ze op die manier zonder veel moeite een percentage van de opbrengst krijgen. Bij doorprocederen draagt de advocaat immers alle extra kosten, terwijl daar slechts een percentage van de meeropbrengst tegenover staat.²⁹ HF-advocaten zouden juist te lang door kunnen gaan met onderhandelen of de cliënt te vaak adviseren door te procederen, omdat elk geïnvesteerd uur beloond wordt, ongeacht of de extra tijd de moeite waard was voor de cliënt.

Anderzijds kunnen CF-advocaten ook een prikkel krijgen om schikkingen minder vaak en minder snel te accepteren, om te proberen na dooronderhandelen of procederen een beter resultaat te bereiken, waarvan ze een percentage krijgen. Het verwerpen van een

²⁶ S Garber, *Alternative Litigation Financing in the United States: Issues, Knowns and Unknowns* (Santa Monica CA: Rand Corporation 2010) 26.

²⁷ P Fenn en N Rickman, 'Delay and Settlement in Litigation' (1999) 109 *Econ. J.* 487; P Fenn en N Rickman, 'Asymmetric Information and the Settlement of Insurance Claims' (2001) 68 *J. Risk & Ins.* 627; P Fenn en N Rickman, 'Legal Liability and the Timing of Settlement in Medical Malpractice' (2005) *American Law & Economic Association Annual Meetings*, Paper No. 44.

²⁸ P Fenn, A Gray, N Rickman en Y Mansur, *The Funding of Personal Injury Litigation: Comparisons Over Time and Across Jurisdictions* (Report to the Department for Constitutional Affairs, 2006) <www.dca.gov.uk/research/2006/02_2006.pdf>.

²⁹ H Gravelle en M Waterson, 'No Win, No Fee: Some Economics of Contingent Legal Fees' (1993) 103 *The Economic Journal* 1215; A Shajnfeld, 'A Critical Survey of the Law, Ethics, and Economics of Attorney Contingent Fee Arrangements' (2010) 54 *New York Law School Law Review*, 792e.v.

schikkingsaanbod kan zelfs gezien worden als een signaal dat de CF-advocaat de zaak zodanig sterk vindt, dat hij bereid is door te procederen.³⁰

Theoretisch kunnen CF-advocaten dus sneller of juist minder snel en vaker of juist minder vaak schikken. Empirisch onderzoek laat zien dat beperkingen op CF (zoals het invoeren van maximum percentages) in meer schikkingen, voor lagere bedragen, resulteren, maar die worden wel pas later bereikt.³¹ HF-advocaten hebben dus meer prikkels dan CF-advocaten om het schikkingsproces te vertragen,³² maar CF resulteert in minder schikkingen. Er kan dus niet worden volgehouden dat CF-advocaten te gemakkelijk schikken om zo zonder veel moeite een percentage van de opbrengst te krijgen. Integendeel, CF leidt tot minder schikkingen, maar *als* een schikking wordt bereikt, gaat dat wel sneller dan bij HF.

3.4 De kosten van procedures

3.4.1 De kosten van procedures bij TPF

Men zou kunnen verwachten dat TPF per definitie tot hogere proceskosten leidt, omdat eisers nu meer financiële middelen ter beschikking hebben voor de procesvoering. Inzichten uit de *rent-seeking* literatuur laten echter zien dat dit niet zo hoeft te zijn. *Rent-seeking* is de poging om, via bepaalde investeringen, voordelen te behalen zonder dat die investeringen zelf meer welvaart creëren. Men probeert dus door die investeringen een groter deel van de bestaande welvaart te behalen. Investeren in een procedure en op die manier de kans op een gunstige uitkomst vergroten, kan worden geanalyseerd als een vorm van *rent-seeking*.³³

Uit zo'n rent-seeking analyse volgt dat de uitgaven bij zwakkere zaken naar verwachting stijgen en bij sterkere zaken zowel kunnen dalen als stijgen.³⁴ Er van uitgaande dat meer investeren in het proces de kans op winst doet stijgen, kan een eiser in een relatief zwakke zaak vanwege TPF nu meer in de zaak investeren, om zo de kans op succes groter te maken. Naarmate de kans op succes dichterbij de beslissingsstandaard komt te liggen, hebben extra investeringen een hogere waarde (voor de eiser om de beslissingsstandaard daadwerkelijk 'te halen', en voor de gedaagde om dat juist te voorkomen). De initiële stijging in de investeringen van de eiser bij een relatief zwakke zaak als gevolg van TPF kan dus op haar beurt extra investeringen van beide partijen uitlokken omdat de zaak dichterbij de beslissingsstandaard is komen te liggen. In totaal stijgen de investeringen dan dus.

³⁰ N Rickman, 'Contingent Fees and Litigation Settlement' (1999) 19 International Review of Law and Economics 306.

³¹ PM Danzon en LA Lillard, 'Settlement out of Court: The Disposition of Medical Malpractice Claims' (1983) 12 The Journal of Legal Studies 363 e.v.; EA Snyder en JW Hughes, 'The English Rule for Allocating Legal Costs: Evidence Confronts Theory' (1990) 6 The Journal of Law, Economics, & Organization 366; E Helland en A Tabarrok, 'Contingency Fees, Settlement Delay, and Low-Quality Litigation: Empirical Evidence from Two Datasets' (2003) 19 The Journal of Law, Economics, & Organization 536 e.v.

³² E Helland en A Tabarrok, 'Contingency Fees, Settlement Delay, and Low-Quality Litigation: Empirical Evidence from Two Datasets' (2003) 19 The Journal of Law, Economics, & Organization 540.

³³ Zie bijvoorbeeld A Farmer en P Pecorino, 'Legal Expenditures as a Rent-seeking Game' (1999) 100 Public Choice 271-288; F Parisi en B Luppi, 'Litigation as Rent-seeking' in RD Congleton en AL Hillman (red), A Companion to Rent Seeking: Theory and Practice (Cheltenham: Edward Elgar 2015). Law & Economics 1-17.

³⁴ J De Mot en M Faure, 'Third-Party Financing and Litigation Expenditures' (2016) 12 New York University Journal of Law and Business, 751-778.

Bij een relatief sterke zaak zal de eiser als gevolg van TPF weliswaar ook meer investeren, maar dat effect is minder groot dan bij zwakke zaken, omdat de waarde van de extra investering nu lager is. In een zaak die bijvoorbeeld net onder de beslissingsstandaard ligt, kan een extra investering van de eiser tot winst leiden en is dus veel waard, terwijl bij een sterkere zaak waar de eiser al veel meer argumenten in zijn voordeel heeft dan de gedaagde, de waarde van een extra investering van de eiser veel beperkter is. De (beperkte) extra investering van de eiser zal op haar beurt de gedaagde prikkelen juist *minder* te investeren, omdat de waarde van zo'n investering van de gedaagde gedaald is (de kans dat extra argumenten van de gedaagde de doorslag geven, is gedaald doordat de zaak van de eiser sterker is geworden). Het totaal-effect bij sterkere zaken hangt er nu van af wat groter is: de stijging in de uitgaven van de eiser of de daling in de uitgaven van de gedaagde.

De mate waarin TPF inderdaad de totale proceskosten beïnvloedt, hangt natuurlijk sterk af van de mate waarin de procesfinancier invloed heeft op het procesverloop. Dit kan per land en per vorm van procesfinanciering verschillen en er is nog relatief weinig ervaring mee in de praktijk, dus wij kunnen hier (nog) geen algemene uitspraken over doen.

3.4.2 De kosten van procedures bij RBV

Het ligt voor de hand te verwachten dat RBV tot stijgende kosten leidt. Een onverzekerde eiser draagt het volledige uurtarief van de advocaat en alle andere kosten zelf, maar een verzekerde eiser kan gebruik maken van de staf van de verzekeraar of de kosten van zijn advocaat worden (grotendeels) gedekt. Nederlands empirisch onderzoek bevestigt dit idee.³⁵ Bij de hogere inkomens blijken verzekerden meer contact te hebben met juridische adviseurs. Bij de lagere inkomens blijkt er vooral een verschuiving van hulpverlener plaats te vinden: staf van de verzekeraar in plaats van gesubsidieerde rechtsbijstand. Na controle voor diverse relevante factoren (zoals het type zaak en de complexiteit ervan) blijkt inderdaad te gelden dat verzekerden meer juridisch advies inwinnen dan onverzekerden. Bij onverzekerden speelt ook het inkomen een grote rol: hogere inkomens vragen meer advies dan lagere inkomens. Bij verzekerden is die invloed er niet.

3.4.3 De kosten van procedures bij CF

Uit paragraaf 3.3.3 bleek dat er bij CF minder vaak geschikt wordt dan bij HF en omdat procederen duurder is dan schikken, kan dit tot een stijging van de kosten leiden. Anderzijds duren zowel schikkingsonderhandelingen als procedures korter bij CF omdat een advocaat geen belang heeft bij vertragingstechnieken. CF kan in meer zaken resulteren, omdat het financieringsprobleem van sommige eisers wordt opgelost. Dat zou weer tot hogere kosten leiden. Maar de betere screening op kwaliteit kan juist weer in minder zaken resulteren.

Het is duidelijk dat theoretisch niet kan worden voorspeld wat het totaaleffect is. Het is uiteindelijk een empirische vraag welk effect overheerst. Dit geldt te meer (maar dat is ook bij TPF en RBV het geval) nu het hoofddoel van een betere toegang tot het recht er toe kan leiden dat (vanwege de internalisering van het externe effect) er minder schadeveroorzakende

³⁵ BCJ van Velthoven en CM Klein Haarhuis, 'Legal Aid and Legal Expenses Insurance, Complements or Substitutes? The Case of the Netherlands' (2011) 8(3) Journal of Empirical Legal Studies 597, 598.

gebeurtenissen plaatsvinden. Dit kan op haar beurt weer in minder claims resulteren.³⁶ De mogelijk gestegen kosten *per geschil* kunnen dan worden gecompenseerd door het feit dat er *minder geschillen* zijn. Maar nogmaals, dat is een empirische vraag die buiten het bestek van deze bijdrage ligt.

4. Conclusies

TPF, RBV en CF zijn drie instrumenten die de toegang tot het recht kunnen verbeteren of, in economische termen, die het probleem van rationele apathie kunnen bestrijden. Dit is belangrijk, omdat vanwege die rationele apathie het recht niet goed in staat is uiteenlopende vormen van marktfalen aan te pakken. In deze bijdrage hebben wij ons geconcentreerd op negatieve externe effecten, maar ook problemen zoals marktmacht en informatieasymmetrie zijn vormen van marktfalen. De drie genoemde instrumenten kunnen dus een zinvolle maatschappelijke functie vervullen.

De manier waarop de drie instrumenten dit doen, verschilt, maar er zijn ook overeenkomsten. In alle gevallen is er een derde partij die de procedure financiert en die daarom geneigd zal zijn alleen zaken die sterk en/of groot genoeg zijn te financieren. Er vindt dus een zekere screening plaats (door de procesfinancier, de rechtsbijstandsverzekeraar of de CF-advocaat). Voor zover CF alleen de advocaatkosten betreffen terwijl TPF en RBV ook andere proceskosten dekken, bestaat er natuurlijk een belangrijk verschil tussen deze instrumenten. TPF en RBV resulteren dan in een betere toegang tot het recht dan CF, omdat de eiser daar nog steeds met proceskosten wordt geconfronteerd, welke hij niet kan, wil of durft dragen.

Een ander belangrijk aspect is de mate waarin de financier invloed heeft op het verloop van de procedure en de schikkingsonderhandelingen. Bij CF is die invloed waarschijnlijk het grootste, omdat het daar de advocaat zelf is die de procedure en de onderhandelingen voert. Bij RBV hangt het er sterk van af in hoeverre de procedure door staf van de verzekeraar wordt gevoerd, of door een onafhankelijke advocaat (waar de verzekeraar natuurlijk wel toezicht op zal houden). Zowel bij CF als RBV is er een prikkel om langdurige procedures en schikkingsonderhandelingen te vermijden, omdat het wel kosten oplevert maar geen baten. Bij TPF is het de vraag of er vergelijkbare prikkels zijn. Als de procesfinancier alleen van tevoren financiering verzorgt en er geen toezicht plaatsvindt op het verdere procesverloop, dan zijn langduriger procedures mogelijk. Ook is het de vraag of de procesfinancier over vergelijkbare expertise en informatie beschikt als de CF-advocaat of de RBV.

De toegevoegde waarde van TPF hangt mede af van hoe RBV en CF functioneren. In Europa blijken relatief weinig mensen een (vrijwillige en *stand alone*) RBV te hebben en CF-afspraken zijn vaak niet toegestaan. TPF is dan de enige reële optie voor procesfinanciering door derden. In landen waar RBV wijder verbreid is en waar CF wel is toegestaan, zal de potentiële rol van TPF kleiner zijn, maar ook daar kan het voor financiering zorgen waar RBV en CF niet goed functioneren.

Vanuit economische optiek is het dus wenselijk als zowel TPF, RBV als CF beschikbaar zouden zijn. De onderlinge concurrentie tussen deze systemen kan er voor zorgen dat de

³⁶ TJ Miceli en K Segerson, 'Contingent Fees for Lawyers: The Impact on Litigation and Accident Prevention' (1991) 20 Journal of Legal Studies 381–399; AW Katz, 'Indemnity of Legal Fees' in B Boukaert and G De Geest (red), Encyclopedia of Law and Economics, Vol. 5, The Economics of Crime and Litigation (Cheltenham: Edward Elgar 2000) 76.

relatieve voordelen van al die systemen benut kunnen worden en dat, afhankelijk van de exacte omstandigheden, het systeem kan worden gekozen dat het beste werkt. Zolang procespartijen goed geïnformeerd worden over de diverse opties, is er geen reden om het ene systeem in zijn algemeenheid te verkiezen boven het andere systeem. Regulering die belemmerend werkt (bijvoorbeeld de diverse verboden op TPF en CF) moet juist als inefficiënt worden bestempeld. Vaak is er dan een belangengroep actief wiens belang met zulke verboden wordt gediend, maar de toegang tot het recht wordt er vaak mee belemmerd. Wij pleiten er derhalve voor dat de belemmeringen voor TPF, CF en (voor zover aanwezig) RBV worden weggenomen, zodat deze instrumenten gezamenlijk kunnen zorgen voor een betere toegang tot het recht en daarmee tot een betere aanpak van negatieve externe effecten en andere vormen van marktfalen.